Die Pflichten des stillen Gesellschafters.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Alfons Bessert

Referendar in Ostrowo.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0063

Herrn Kreisschulinspektor

August Beuermann-Adelnau

Herrn Kreisarzt

Dr. Alfred Schmidt-Adelnau

Herrn a. o. Professor theol.

Dr. Béla Obál-Eperjes

zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

I. Der Begriff der stillen Gesellschaft 1
II. Die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft 3
III. Die Personen der stillen Gesellschaft 13
§ 1. Der Inhaber des Handelsgeschäftes 13
§ 2. Der stille Gesellschafter 15

Zweiter Teil.

Die Pflichten des stillen Gesellschafters.

IV. Die Einlage 16
V. Die Teilnahme am Verlust 24
VI. Die Haftung des stillen Gesellschafters 30
§ 1. Allgemeines 30
§ 2. Die Kundmachung der stillen Gesellschaft 32
§ 3. Die Stellung des stillen Gesellschafters im Konkurse des Komplementars 36

Literaturverzeichnis.

Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens. 2. Aufl. Wien 1891.

Anschütz u. **v. Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts. Von Dr. August Anschütz und Dr. Frhr. v. Völderndorff. Erlangen 1885.

Baron, Pandekten. Leipzig 1896.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. G. F. Behrend. Berlin und Leipzig 1886.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von A. Bolze, Reichsgerichtsrat. Bd. 1 u. 22. Leipzig.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts von Conrad Cosack. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Cosack, 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge. Von Dr. Karl Crome. Freiburg i. B. 1897.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. In den gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen von Hahn, fortgesetzt von Mugdan. Bd. 6: Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Dießner, Das Recht der stillen Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche v. 10. 5. 1897. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht, von L. Enneccerus und H. O. Lehmann. 2. Aufl. Bd. 1. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen.

Gareis, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 nebst dem Einführungsgesetze vom 10. 5. 1897. Handausgabe von Dr. K. Gareis. 3. Aufl. München 1903.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts von Dr. K. Gareis. Berlin und Leipzig 1884.

Gareis u. **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen. Von Dr. K. Gareis und O. Fuchsberger. Berlin 1891.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 mit Ausschluß des Seerechts. Von Samuel Goldmann. Bd. 2. Berlin 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und Dr. P. Laband. Bd. 24. Stuttgart 1879.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Von Dr. Friedrich v. Hahn. 3. Aufl. Braunschweig 1879.

Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes v. 21. 7. 1879. Von Dr. Ernst Jaeger. Berlin 1905.

Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1896. Berlin.

Koch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Berlin 1863.

Kowalzig, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Berlin 1879.

Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. Leipzig 1881.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Von Dr. Karl Lehmann. Leipzig 1908.

Löwy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Diss. Göttingen 1900.

Neues Archiv für Handelsrecht, herausgegeben von Dr. J. F. Voigt, Dr. H. G. Heinecken und Dr. H. A. C. Weber. Bd. 2 Nr. 18: Die stille Gesellschaft (von Voigt). Hamburg 1860.

Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Ein Vergleich. Diss. Rostock 1902.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903—1908.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1861.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von Dr. Ernst Sigismund Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet von R. Förtsch. Bd. 1. Leipzig 1893.

Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgesellschaften für gemeinschaftliche Rechnung. Von Achilles Renaud, herausgegeben und ergänzt von Dr. Paul Laband. Heidelberg 1885.

Romen, Die Kundmachung der stillen Gesellschaft und deren Wirkungen zugunsten dritter Personen. Promotionsschrift von Dr. jur. Anton Romen. Emmerich 1881.

Seufferts Archiv. J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von A. F. W. Preußer, später von H. F. Schütt. Neue Folge Bd. 17 u. 20.

Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien. Von Dr. Hermann Veit Simon. 3. Aufl. Berlin 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Von H. Staub. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1896.

Thoel, Das Handelsrecht. 6. Aufl. Bd. 1. Leipzig 1879.

Erster Teil.

I. Der Begriff der stillen Gesellschaft.

Im neuen Handelsgesetzbuch findet sich anders als im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch keine Definition der stillen Gesellschaft. Letzteres hat zweifellos die aus der alten commenda hervorgegangene, in Italien als societas per modum participationis entwickelte Gesellschaftsform regeln wollen[1]) und im Hinblick auf deren Wesenheiten und Erfordernisse im Art. 250 Abs. 1 folgende Begriffsbestimmung festgelegt:

> Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil am Gewinn und Verlust beteiligt.

Diese Definition wird von vielen Autoren als unzureichend bezeichnet;[2]) sie sei unvollständig, da sie wesentliche Merkmale der stillen Gesellschaft verschweige, so insbesondere, wie Renaud hervorhebt, „weder den Charakter der durch die Vermögenseinlage erworbenen Berechtigung noch die Grenzen der durch den Kapitalgeber übernommenen Gefahr andeutet,[3]) sie sei aber auch zu eng, da sie nur die regelmäßige Form der stillen Gesellschaft betreffe, ihre zahlreichen von der Regel abweichenden Gestaltungen aber nicht mitumfasse".

Zweifellos wird eine alle Modifikationen einschließende Definition der stillen Gesellschaft schwer zu geben sein, und vielleicht hat unter dem Einfluß dieser Erwägung das neue

---

[1]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 70.

[2]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 70, 71; Lastig bei Endemann S. 705.

[3]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 71.

Handelsgesetzbuch die begriffliche Festlegung des Rechtsinstitutes der stillen Gesellschaft unterlassen. Die Denkschrift zum Entwurfe (S. 182) will den Begriff dem Gesamtinhalte der §§ 306, 307 (jetzigen §§ 335, 336) HGB. entnommen wissen und gibt demnach die Grundlage für folgende Begriffsbestimmung:

> Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft zwischen einem Kaufmann und einem Anderen (dem stillen Gesellschafter) des Inhalts, daß der stille Gesellschafter sich an dem Handelsgewerbe des Kaufmanns mit einer dem Kaufmann zufließenden Vermögenseinlage gegen Anteil am Gewinn und regelmäßig auch am Verlust beteiligt.[4])

Allein auch hier hat die von Renaud schon hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Art. 250 a. HGB. erhobene Rüge, daß wesentliche Momente, insbesondere die Beschränkung des Verlustes des stillen Gesellschafters, mit Stillschweigen übergangen sind, Raum und müßte notwendig auch § 337 Abs. 2 Satz 1 HGB. zur Abgrenzung des Begriffes der stillen Gesellschaft mit verwendet werden. Demnach würden sich folgende Erfordernisse für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft ergeben:

Zwischen zwei Personen, von denen die eine Inhaber eines Handelsgewerbes sein muß, während die andere (der stille Gesellschafter) Kaufmannseigenschaft nicht zu besitzen braucht, besteht ein Gesellschaftsverhältnis, vermöge dessen der eine (stille Gesellschafter) die Verpflichtung hat, eine vertragsmäßig bestimmte Vermögenseinlage in das Vermögen des anderen zur Anlage in dessen Handelsgewerbe zu überführen, während der andere, der Inhaber des Handelsgewerbes, verbunden bezw. berechtigt ist, den stillen Gesellschafter am Gewinn des Handelsgewerbes, regelmäßig auch, und zwar nicht über den Betrag seiner Einlage hinaus, am Verluste partizipieren zu lassen. Die eingezahlte Einlage ist bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses dem stillen Gesellschafter insoweit zurückzuzahlen, als sie nicht durch eventuelle Verlustanteile vermindert oder verbraucht worden ist.

---

[4]) Lehmann-Ring, Das HGB. für das Deutsche Reich Bd. 1 S. 664.

II. Die juristische Natur der stillen Gesellschaft.

Über die juristische Natur der stillen Gesellschaft gehen die Meinungen sehr auseinander. Indem auf der einen Seite dafür plädiert wird, die stille Gesellschaft sei ein darlehnsähnliches Vertragsverhältnis,[1]) steht auf der anderen Seite die Behauptung, sie sei eine Gesellschaft, eine societas privata oder voluntaria im Sinne des allgemeinen Zivilrechts.[2]) Nach einer weiteren Ansicht ist die stille Gesellschaft ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis (so v. Hahn), auch wird eine Identifizierung der Stellung des stillen Gesellschafters mit derjenigen des commis intéressé versucht.

Es kann nicht bestritten werden, daß zahlreiche Eigenschaften des Darlehnsverhältnisses sich auch bei der stillen Gesellschaft wiederfinden und sonach in der Tat schwerwiegende Gründe dafür bestehen, die stille Gesellschaft juristisch als einen Darlehnsvertrag zu behandeln. Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches[3]) ist Darlehn die Hingabe vertretbarer Sachen zu Eigentum gegen die Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Ebenso wird regelmäßig auch bei der stillen Gesellschaft der eine Kontrahent, der stille Gesellschafter, Geld oder andere vertretbare Sachen in das Vermögen des anderen Kontrahenten einwerfen, und es wird die geleistete Einlage auch regelmäßig in das Eigentum des dieselbe empfangenden Kontrahenten übergehen. Wesentlich für den Gesellschaftsvertrag ist auch die mit dem Empfange der Einlage verbundene Rückgabeverpflichtung hinsichtlich derselben auf seiten des geschäftsführenden socius. Ist vollends, was für die stille Gesellschaft des neuen Handelsgesetzbuchs vereinbart werden kann, eine Teilnahme des stillen socius am Verluste ausgeschlossen, so stellt sich für den geschäftsführenden socius die Rückgabepflicht als eine ebenso unbedingte dar als wie für den Darlehnsempfänger. Für beide tritt endlich

---

[1]) Lastig bei Endemann S. 707.
[2]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 90.
[3]) BGB. § 607.

eine eventuelle Nichtbefriedigung ihres Rückgabeanspruches ein bei Insolvenz des Empfängers, in dessen Konkurse die Stellung beider sowohl wegen des Darlehns als auch wegen der Einlage die eines gewöhnlichen Konkursgläubigers ist.

Während für das Darlehn gemäß § 607 BGB. die Vorschrift besteht, daß es „in Geld oder anderen vertretbaren Sachen" hingegeben werden muß, findet sich jedoch für die Einlage des stillen Gesellschafters eine gleiche Bestimmung nicht. Hier können auch nichtvertretbare Sachen in das Vermögen des anderen socius eingeworfen werden, ja es kann die Einlage auch in einem Forderungsrechte, Nutzungsrechte, in der Überlassung einer Erfindung, eines Fabrikgeheimnisses zur Ausbeute oder in der Leistung von Diensten[4]) bestehen. Während aber nach Auflösung der Gesellschaft die Einlage stets in Geld zu berichtigen ist,[5]) besteht für den Darlehnsempfänger die Pflicht, die Rückerstattung in der Art, Güte und Menge der empfangenen Sachen zu bewirken. Dieser anscheinend außerordentlich einschneidende Unterschied ist demnach nicht ohne weiteres geeignet, Darlehn und stille Gesellschaft als wesensungleich zu trennen; denn auch andere Mittel als die Übergabe vertretbarer Sachen können zur Begründung eines Darlehns führen. So wird z. B. bei dem contractus mohatrae dem Darlehnsschuldner eine vertretbare oder auch unvertretbare Sache hingegeben mit dem Anheimstellen, sie zu verkaufen und den Erlös als Darlehn zu behalten, oder es werden dem Darlehnsnehmer Waren unter einer Schätzung übergeben; die Schätzungssumme soll als Darlehnssumme geschuldet werden. Es ist also weder unbedingt die Hingabe vertretbarer Sachen gefordert noch besteht auf seiten des Darlehnsempfängers stets die Verpflichtung, Sachen von der Art, Menge und Güte der empfangenen Sachen zurückzuerstatten.

Während der stille Gesellschafter notwendig am Gewinn partizipiert, besteht für den Darleiher das ihm gegebene Äquivalent regelmäßig in der Entrichtung von Zinsen, soweit nicht

---

[4]) Allerdings nicht unbestritten; vgl. Teil 2 Abschn. V der Abhandl.
[5]) HGB. § 340 Abs. 1.

eben ein zinsloses Darlehen vereinbart ist; und während sonach der Gewinnanteil ein nach dem jeweiligen Geschäftsergebnisse schwankender ist, bleibt der Zinsanspruch des Darleihers in seiner Höhe begrenzt und beständig. Dennoch ist auch dieser Unterschied für die Entscheidung der Frage, ob die stille Gesellschaft richtiger als darlehnsartiges Vertragsverhältnis oder als Sozietät aufzufassen sei, nicht ausschlaggebend. Denn es widerspricht nicht dem Darlehnsbegriffe, wenn dem Darlehnsgeber an Stelle eines festen Zinses ein Anteil am Gewinn wie bei der stillen Gesellschaft versprochen wird,[6]) oder wenn Anteilnahme am Gewinn neben festen Zinsen vereinbart wird.[7]) Das Reichsgericht hat sich dahin ausgesprochen, daß die Stipulation von festen Zinsen und Gewinnanteilen beim Darlehn möglich sei, dem Wesen der stillen Gesellschaft aber widerspreche, weil eine solche Vereinbarung in erster Linie ein Anrecht auf feste Zinsen begründe, während der nebenher vereinbarte Anspruch auf Anteilnahme am Gewinn nur akzessorischer Natur sei.[8]) Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht allerdings in einer späteren Entscheidung offenbar verlassen, indem es erklärt hat, daß auch im Falle einer Stipulation von festen Zinsen neben Gewinnanteilen das fragliche Rechtsverhältnis als ein stilles Gesellschaftsverhältnis aufgefaßt werden könne, weil die Anteilnahme am Geschäftsergebnisse eine Beteiligung am Geschäfte in sich schließe.[9]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat über die Art des von dem Darlehnsempfänger zu bietenden Äquivalentes nichts gesagt. Eine Vereinbarung von Gewinnanteilen neben festen Zinsen zwischen Darlehnsgeber und Darlehnsnehmer ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Darlehnsvertrag jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Dennoch findet sich zwischen beiden Rechtsinstituten, der stillen Gesellschaft und dem Darlehn, eine Anzahl nicht zu ver-

---

[6]) Staub § 335 Anm. 21 S. 1102 und dort zitiert ROHG. Bd. 9 S. 33, 37, Bd. 12 S. 99; Behrend § 91, 11d S. 662.

[7]) Seufferts Arch. n. F. Bd. 17 Nr. 133 S. 194ff.; Lastig bei Endemann § 13 I, 4 S. 706.

[8]) RGE. Bd. 20 S. 165.

[9]) RGE. Bd. 31 S. 34.

einigender Verschiedenheiten. Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag, der die stille Gesellschaft begründende Sozietätsvertrag ist ein Konsensualvertrag. Erst die Übergabe der fraglichen Sachen begründet bei dem Darlehn das Schuldverhältnis.[10]) Bei der stillen Gesellschaft dagegen ist der Abschluß des Vertrages der Zeitpunkt, von welchem an auf der einen Seite der Geschäftsinhaber die Einzahlung der vereinbarten Einlage jederzeit zu fordern berechtigt ist, sofern nicht im Vertrage selbst ein späterer Zeitpunkt hierfür festgesetzt ist, auf der anderen Seite der stille Gesellschafter am Gewinn und am Verlust teilnimmt, kurz, in welchem für beide Kontrahenten ihre beiderseitigen Rechte und Pflichten zur Entstehung gelangen. Der im § 610 BGB. aufgenommene Konsensualkontrakt ist kein eigentlicher Darlehnsvertrag, durch den ein Darlehnsverhältnis begründet werden könnte; er stellt sich lediglich als ein Vorvertrag dar, welcher auf die Gewährung eines Darlehns für die Zukunft gerichtet ist (pactum de mutuo dando). Während für diesen die clausula rebus sic stantibus gilt, der Darlehnsversprechende also die Möglichkeit hat, das Versprechen zu widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird, besteht für die Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters mangels besonderer diesbezüglicher Vereinbarungen dieser Rechtsvorteil nicht. Hier ist der stille Gesellschafter schon vom Abschlusse des Vertrages an an dem Handelsgewerbe des anderen socius mit der Vermögenseinlage beteiligt.

Unvereinbar mit dem Darlehnsbegriffe ist ferner die regelmäßige Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste. Hier ist die Gefahr jedes der beiden, des Darlehnsgläubigers und des stillen socius, eine grundverschiedene. Während der Darlehnsgläubiger nur dann sein Darlehn verlieren wird, wenn der Darlehnsempfänger insolvent wird, ist für den stillen Gesellschafter Insolvenz des Geschäftsherrn nicht Voraussetzung der Anteilnahme am Verlust. An diesem partizipiert er vielmehr

[10]) BGB. § 607 Abs. 1.

nach Maßgabe eines bestimmten Verhältnisses, wenn und soweit am Schlusse einer Rechnungsperiode der in derselben gemachte Erwerb die in eben diesem Rechnungsabschnitte entstandenen Einbußen und Unkosten nicht deckt.[11]) Während ferner der Darlehnsempfänger völlig uneingeschränkt, nach freiem Belieben, gleichgültig ob wirtschaftlich oder unwirtschaftlich, die Darlehnssumme verwenden darf, der Darlehnsgläubiger nach dieser Richtung hin kein Bestimmungsrecht hat, muß für die Einlage des stillen Gesellschafters immer streng beachtet werden, daß sie zur Anlage im Handelsgewerbe des anderen hingegeben ist. Sonach kann auch der stille socius verlangen, daß sie nur in diesem Handelsgewerbe zur Verwendung gelangt, und hat, falls der Geschäftsinhaber die Einlage nicht bestimmungsgemäß gebraucht, sie vielleicht zur Aussteuer seiner Tochter verwendet, zwar kein Widerspruchsrecht, da das Handelsgewerbe von dem Geschäftsinhaber selbständig betrieben wird, dennoch aber die Möglichkeit, das Gesellschaftsverhältnis sofort zu kündigen[12]) event. aber auch gegen den Geschäftsherrn Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Darleiher und dem stillen Gesellschafter tritt darin hervor, daß dem letzteren bestimmte Kontrollrechte eingeräumt sind, nach welchen er berechtigt ist, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.[12a]) Eine weitere Bestimmung endlich, die nur für die stille Gesellschaft, nicht für das Darlehnsverhältnis verwendet werden kann, ist die, daß ein Gläubiger des stillen Gesellschafters nach Analogie der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres die Gesellschaft, gleichgültig ob diese für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbart worden ist, unter Einhaltung der im § 135 HGB. genannten Erfordernisse kündigen darf.[13])

---

[11]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 131.

[12]) HGB. § 339 Abs. 1 Satz 2.

[12a]) HGB. § 338 Abs. 1.

[13]) HGB. § 339.

Hat der stille Gesellschafter nur Dienste als Einlage zu leisten,[14]) so hat seine Stellung immerhin mit derjenigen des commis intéressé etwas Verwandtes. Dennoch bestehen auch hier wesentliche, nicht zu vereinigende Unterschiede. Der commis intéressé steht im Dienste des Geschäftsinhabers, er untersteht dem Prinzipal; der stille Gesellschafter ist in seiner Eigenschaft als solcher socius desselben[15]) und hat anders wie der commis intéressé Kontrollrechte.[16]) Er leistet seine Dienste als Einlage in das vom Komplementar betriebene Handelsgewerbe, während der commis intéressé lediglich eben den Dienstvertrag erfüllt. Daher werden die Dienste auch verschieden bewertet und repräsentieren bei dem stillen Gesellschafter eine diesem zustehende, in Geld zu berichtigende Einlageforderung, welche als solche der Vereinbarung, ja Aufzehrung nach Maßgabe des vom Gesellschafter zu tragenden Verlustanteils unterliegt. Dieses trifft für die an den commis intéressé zu leistende Vergütung nicht zu.

Während es endlich im Belieben des Geschäftsherrn steht, den commis intéressé zu entlassen, kann die Kündigung der Gesellschaft seitens des Komplementars nur im Rahmen der Vorschriften des § 339 HGB. erfolgen. In der Regel nimmt der stille Gesellschafter auch Anteil am Verluste, während der commis intéressé als solcher am Verluste niemals partizipiert. Nach der Ansicht des Reichsgerichts würde durch die Vereinbarung einer Anteilnahme des Handlungsgehilfen am Verluste das Verhältnis zu einer stillen Gesellschaft umgestaltet.[17])

Es ist demnach richtigerweise der Ansicht beizupflichten, nach welcher die stille Gesellschaft — was auch hier prinzipiell vertreten wird — unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. fällt.[18])

---

[14]) Die Frage, ob auch Dienste geeignet sind, als Einlage eines stillen Gesellschafters hingegeben zu werden, ist im 2. Teile der Abhandlung unter V besprochen.

[15]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 93.

[16]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 181.

[17]) RGE. Bd. 33 S. 130.

[18]) Lehmann-Ring S. 666 Nr. 2; Staub § 335 Anm. 5 S. 1099; auch Renaud, Stille Gesellschaft S. 90; Pfennig, Diss., Rostock 1902, S. 47; Goldmann Bd. 2 Anm. 2 S. 1301.

Zwar finden sich zwischen der stillen Gesellschaft unseres Handelsgesetzbuches und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zahlreiche Unterschiede. So kann die stille Gesellschaft stets nur zwei Teilhaber umfassen, die zivilrechtliche beliebig viele; die stille Gesellschaft erschöpft sich in obligatorischen Wirkungen zwischen den Gesellschaftern, während der Gesellschaftsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches nach der Bestimmung des § 718, daß „die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden sollen", grundsätzlich auch dingliche Wirkung erzeugt. Ebenso können die weiteren im Bürgerlichen Gesetzbuche hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens getroffenen Bestimmungen für die stille Gesellschaft keine Verwendung finden, da diese ja ein Gesellschaftsvermögen nicht besitzt. Doch sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Gesellschaftsvermögen nicht zwingender Natur, das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens für die Existenz einer Gesellschaft nach § 705 BGB. kein wesentliches Erfordernis.[19]) Und wie auch Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ohne alles Vermögen vorkommen können, so haben die Gesellschafter, falls die für den Gesellschaftszweck geleisteten Beiträge vermögenswerter Natur sind, sehr wohl die Möglichkeit, Vereinbarungen des Inhalts zu treffen, daß sowohl die Beiträge wie überhaupt alles für die Gesellschaft Erworbene Bestandteile des Vermögens eines Gesellschafters sein sollen.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tritt als solche auch nach außen hervor, die stille Gesellschaft aber ist eine bloße Innengesellschaft, sie tritt Dritten gegenüber nicht in Erscheinung. Da jedoch das Hervortreten nach außen kein notwendiges Erfordernis des Begriffes der Gesellschaften bildet, vielmehr nur eine ihrer regelmäßigen Eigenschaften darstellt, kann auch dieser Unterschied die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von der stillen Gesellschaft als wesensungleich nicht trennen.

---

[19]) Lehmann-Ring S. 666 Nr. 2.

Von demselben Erfolge ist auch die weitere Verschiedenheit, daß der stille Gesellschafter grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, indem er sich an einem ihm fremden Handelsgewerbe nur mit seiner Einlage beteiligt, während bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches „die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist".[20]) Auch diese Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches ist dispositiver Natur und verhindert nicht, daß die Geschäftsführung durch Vereinbarung einem der Gesellschafter übertragen wird.[21])

Allen diesen Unterschieden gegenüber muß dennoch daran festgehalten werden, daß die stille Gesellschaft unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches unterzuordnen ist. Eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches ist sie nicht; dazu fehlen ihr zwei notwendige charakteristische Momente: Gesellschaftsfirma und Gesellschaftsvermögen. Sodann beweist dies die Stellung, welche der Gesetzgeber ihr im Handelsgesetzbuche angewiesen hat, indem er sie den Handelsgesellschaften hat folgen lassen und in der Überschrift des 2. Buches sie ausdrücklich neben den Handelsgesellschaften: „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft" benannt hat, also ohne sie in den Begriff der Handelsgesellschaften hineinzubeziehen. Ebenso klar ergibt sich aber auch aus der Stelle, an welcher die stille Gesellschaft untergebracht ist, daß das Handelsgesetzbuch sie als eine Gesellschaft aufgefaßt wissen will.

Von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob die Begriffsbestimmung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch im § 705 von der Gesellschaft gegeben hat, auch der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches gerecht wird. Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen, welche die Förderung eines gemeinsamen Zweckes durch Zusammenwirken der Gesellschafter anstreben.[22])

---

[20]) BGB. § 790.
[21]) BGB. § 710.
[22]) Planck Bd. 2 Titel 14 II.

Die Gemeinsamkeit des Zweckes nun bedingt zweierlei: einmal muß derselbe von sämtlichen Parteien gleichmäßig gewollt, beabsichtigt, angestrebt sein, zum anderen gehört dazu eine allseitige Anteilnahme an dem durch das Zusammenwirken erzielten Erfolge; der Zweck muß allen zugute kommen. Dies trifft für die stille Gesellschaft in ganzem Umfange zu. Der hier erstrebte Erfolg besteht in der Erzielung eines möglichst hohen Überschusses über die im Geschäftsbetriebe während der Dauer der jedesmaligen Rechnungsperiode gehabten Verluste und Unkosten. Mit Rücksicht auf diese Gemeinsamkeit des materiellen Erfolges fallen egoistische selbständige, ja etwa gegensätzliche Interessen fort. Ist der Gewinn ein geringer, so vermindert sich natürlich regelmäßig auch die Anteilsquote jedes der beiden Gesellschafter; und wie sich umgekehrt auch der Betrag des zu tragenden Verlustanteiles nach der Höhe des jeweiligen Minderbetrages des Geschäftsergebnisses richtet, so ergibt sich aus der Natur der Sache, daß der beide Teile beherrschende Wille sich gleichmäßig in derselben Richtung bewegt: ihre ökonomische Lage zu verbessern. Der Gesellschaftszweck ist von beiden Teilen gleichmäßig gewollt. Diesem gemeinsamen Interesse an einem möglichst hohen Geschäftsgewinn steht auch die Tatsache, daß der Betrieb des Handelsgewerbes von dem Geschäftsinhaber unter seinem Namen besorgt wird und derselbe sich nur allein aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet, nicht entgegen. Ebensowenig schließt sie die Gemeinsamkeit der zweckdienlichen Tätigkeit beider Parteien aus. Arbeit und Kapital sind hier die Komponenten eines zusammengehörigen Ganzen, und keine der beiden hat ohne das andere die angestrebte Wirkung. So ist der Geschäftsherr, der Komplementar, vielleicht erst durch die Kapitaleinlage des stillen Gesellschafters in die Lage versetzt worden, seine in jahrelanger Tätigkeit geübte und vervollkommnete kaufmännische Fertigkeit und Erfahrung zu gewinnbringender Arbeit auszunutzen, der stille Gesellschafter andererseits hat durch die Verbindung mit dem kaufmännisch gewandten Sozius die Möglichkeit erlangt, sein Kapital erheblich fruchtbringender als bisher zu verwerten. Es ist ihnen beiden die Förderung des Zweckes eine gemeinsame.

Es kommt hinzu, daß das auch für die stille Gesellschaft im § 338 HGB. normierte Kontrollrecht gerade eine Besonderheit des Gesellschaftsrechts bedeutet, daß das auch bei der stillen Gesellschaft wiederkehrende Kündigungsrecht des Privatgläubigers[23]) ebenfalls eine Bestimmung darstellt, die nur für Gesellschaften gegeben ist, daß das Handelsgesetzbuch selbst in den §§ 338 Abs. 2, 339 auf gewisse im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Vorschriften des Gesellschaftsrechts ausdrücklich verweist, und es rechtfertigt sich nach alledem die vorhin aufgestellte Behauptung (oben S. 8), daß die stille Gesellschaft dem allgemeinen Begriffe der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zu unterstellen ist. Folglich werden zur Ergänzung der §§ 335 ff. HGB. die Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB. herangezogen werden müssen.[24])

Indem im vorstehenden der Nachweis versucht ist, daß die stille Gesellschaft dem allgemeinen Gesellschaftsbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs untersteht, ist zugleich auch die andere obengenannte Auffassung der stillen Gesellschaft als eines modifizierten Gläubiger- oder Kreditverhältnisses abgelehnt; der Ausdruck ist außerordentlich unbestimmt und läßt besondere wesentliche Eigenschaften und Merkmale, an welche man notwendige Konsequenzen für die Charakterisierung unseres Rechtsverhältnisses knüpfen könnte, gar nicht hervortreten; ebenso kann m. E. als ein modifiziertes Gläubigerverhältnis beispielsweise auch das Mietverhältnis gegenüber dem Darlehnsverhältnis bezeichnet werden; jedes der beiden enthält besonders geartete Modifikationen.

Die erwähnte Ansicht wird darum auch allgemein verworfen.[25])

---

[23]) HGB. § 339.

[24]) Enneccerus-Lehmann § 307 S. 722 u. 723.

[25]) vgl. Pfennig S. 46: „Die Auffassung der stillen Gesellschaft als eines modifizierten Gläubiger- oder Kreditverhältnisses richtet sich selbst". Ebenso Behrend S. 666 u. 46; ROHG. Bd. 19 S. 63; Dießner S. 63.

III. Die Personen der stillen Gesellschaft.

Bei der stillen Gesellschaft wird, wie schon erwähnt, erfordert, daß „ein“ Vertragsteil „einem anderen“ Vertragsteil gegenübersteht. Der Wortlaut des § 335 HGB.: „Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, beteiligt . . .“ bringt deutlich zum Ausdruck, daß das gedachte Gesellschaftsverhältnis sich nicht als ein Zusammenwirken vieler Parteien konstruiert, vielmehr das Vorhandensein zweier Gesellschafter, und zwar notwendig nur zweier Gesellschafter, zur Voraussetzung hat. Der eine von diesen beiden ist der, welcher das Handelsgewerbe betreibt, der Geschäftsherr, auch Komplementar oder Gerant genannt, der andere, der sich mit einer Vermögenseinlage beteiligt, ist der stille Gesellschafter.

§ 1.

Der Inhaber des Handelsgeschäftes.

Der erstere nun, der Komplementar, muß Kaufmann sein; ob er Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist, ist gleichgültig.[1]) Renaud[2]) bestreitet zwar die Möglichkeit, daß ein Minderkaufmann Komplementar in einer stillen Gesellschaft sein könne. Er sieht seine Ansicht darin begründet, daß nach Art. 251 und 257 a. HGB. eine Firma vorhanden sein müsse, während der Minderkaufmann diesem Erfordernis nicht entsprechen könne. M. E. kann Renaud hier nicht recht behalten. Wenn die genannten Artikel auch von der Firma des Geschäftsinhabers sprechen, so ist damit noch nicht gesagt, daß eine Firma notwendig zum Komplementar der stillen Gesellschaft gehöre, daß sie ein notwendiges Erfordernis der stillen Gesellschaft bedeute. Vielmehr wollte das Gesetz nur zum Ausdruck bringen, daß dies die regelmäßige Gestaltung der stillen Gesellschaft sei. Für das

---

[1]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3; Staub § 335 Anm. 12 S. 1101; Gareis § 335 Anm. 3 S. 315; Gareis u. Fuchsberger Art. 250 Anm. 6 S. 565.

[2]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 72 u. 88.

neue Handelsgesetzbuch besteht jedenfalls kein Zweifel, da hier (§ 335) von einer Firma überhaupt nicht mehr die Rede ist, als Voraussetzung erscheint nur, daß der „andere“ ein „Handelsgewerbe“ betreibt.

Die notwendig geforderte Kaufmannseigenschaft muß der Komplementar schon in dem Zeitpunkte besitzen, in welchem die Gesellschaft zur Entstehung gelangen soll. Fehlt ihm beispielsweise diese Eigenschaft in dem genannten Zeitpunkte, weil er ein Gewerbe im Sinne des § 2 HGB. betreibt, so würde die Entstehung der stillen Gesellschaft suspendiert bis zur Eintragung der Firma des betreffenden Unternehmers.

Auch eine juristische Person, eine offene Handelsgesellschaft,[3] ebenso eine Kommanditgesellschaft[4] kann Komplementar der stillen Gesellschaft sein.[5] Einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs aber ist diese Möglichkeit verschlossen. Die bürgerliche Gesellschaft kann dem notwendigen Wesensmerkmale des Komplementars der stillen Gesellschaft, welches in den Worten „der Inhaber des Handelsgewerbes“ zum Ausdruck gelangt, dem Erfordernis der äußeren Einheit nicht gerecht werden.[6] Dazu müßte sie ein geschlossenes Ganzes bilden, was ihr ebenso fehlt wie auch der Gesellschaft von Minderkaufleuten, der von Thoel so genannten „Kleinhandelsgesellschaft“.[7]

Erforderlich ist weiter für den Komplementar der stillen Gesellschaft, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Hat er zwar Kaufmannseigenschaft, betreibt aber kein Gewerbe wie beispielsweise eine Aktiengesellschaft, die ausschließlich Wohltätigkeitszwecke verfolgt,[8] so kann er nicht Komplementar einer stillen Gesellschaft werden. Denn hierdurch würde der Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn, welche im § 336 Abs. 2 für notwendig erklärt ist, die Grundlage genommen. Für eine

---

[3] RGE. Bd. 30 S. 35.

[4] RGE. Bd. 25 S. 44 u. 45; Lehmann, Lehrb. § 67 S. 351.

[5] Anschütz u. v. Völderndorff S. 877; Staub § 335 Anm. 12 S. 1001; Gareis u. Fuchsberger Art. 250 Anm. 6 S. 565.

[6] Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3; Staub § 335 Anm. 12.

[7] Thoel, HR. § 109 Nr. 3 S. 360.

[8] Lehmann-Ring S. 665 Nr. 5.

Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien genügt es aber, wenn sie irgendein Gewerbe betreibt; daß dieses auch als solches ein Handelsgewerbe ist, ist nicht notwendig, da die beiden genannten Gesellschaften ja an sich Kaufmannseigenschaft besitzen und für sie damit jedes Gewerbe zum Handelsgewerbe wird.[9])

§ 2.

Der stille Gesellschafter.

Auch der stille Gesellschafter kann Kaufmann sein; nicht aber ist für ihn Kaufmannseigenschaft notwendiges Erfordernis. Auch die Ehefrau, der Sohn, der Handlungsgehilfe des Geschäftsherrn können dessen stille Gesellschafter werden.[10]) Ebenso kann jede juristische Person, jede offene Handelsgesellschaft und jede Kommanditgesellschaft die Stelle eines stillen Gesellschafters einnehmen.[11]) Wie aber schon hinsichtlich des Komplementars, so ist auch in Ansehung des stillen Gesellschafters der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches diese Möglichkeit genommen; auch hier bildet die der bürgerlichen Gesellschaft fehlende äußere Einheit das Hindernis. Es wäre nur möglich, daß die Gesellschafter einer bürgerlichen Gesellschaft die Verpflichtung zur Leistung einer Einlage als Gesamtschuldner übernehmen und vereinbaren, daß sie die einem stillen Gesellschafter zustehenden Rechte, wie Gewinnabhebung, Kündigung usw., nur zusammen geltend machen.[12])

Notwendig ist für den stillen Gesellschafter, daß er sich an dem Handelsgewerbe des Komplementars beteiligt. Eine Beteiligung an einzelnen Handelsgeschäften würde nicht genügen,[13]) doch ist es ausreichend, wenn sich die Beteiligung auf einen

---

[9]) HGB. §§ 335 ff. Der Begriff: Inhaber des Handelsgewerbes, Inhaber des Handelsgeschäftes.

[10]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3; Seufferts Arch. Bd. 20 Nr. 100 S. 179.

[11]) Anschütz u. v. Völderndorff S. 877; Goldmann § 335 Anm. 1 S. 1302; Lehmann, Lehrb. § 67 S. 351.

[12]) Dießner S. 8; Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3.

[13]) Gareis u. Fuchsberger Art. 250 Anm. 6 S. 565.

oder einige Zweige des Handelsgewerbes erstreckt oder auf eine der mehreren Niederlassungen beschränkt, z. B. wenn der Komplementar für diese eine besondere Firma angenommen hat. Immer aber ist erforderlich, daß die Beteiligung an einem dauernden Betriebe erfolgt.[14])

Läßt der Komplementar mehrere Personen als stille Gesellschafter an seinem Handelsgewerbe teilnehmen, dann sind ebensoviele stille Gesellschaften entstanden, als stille Teilhaber vorhanden sind. Die einzelnen stillen Gesellschafter aber stehen zueinander in gar keiner rechtlichen Beziehung, da jede einzelne Gesellschaft für sich besteht. Auch wenn die mehreren stillen Gesellschafter sich zusammenschließen, so ändert dies an den einzelnen Gesellschaftsverhältnissen dem Komplementar gegenüber nichts. Für diesen bleibt jede einzelne Gesellschaft als solche unberührt bestehen.[15])

Zweiter Teil.

Die Pflichten des stillen Gesellschafters.

IV. Die Einlage.

Die dem stillen Gesellschafter hauptsächlich obliegende Pflicht besteht darin, daß er sich an dem Handelsgewerbebetriebe des Komplementars mit einer Vermögenseinlage beteiligt.[1]) Durch die Leistung dieser Einlage wird nicht etwa ein Gesellschaftsvermögen geschaffen, sie bildet lediglich einen Zuschuß, der dem Gewerbebetriebe des Komplementars zufließt, ihn entweder vergrößert, erweitert, oder aber auch, was oftmals zu geschehen

---

[14]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 73; Prot. S. 1085, 131. Sitzung d. d. Nürnberg 14. 11. 1857; Lehmann-Ring S. 665 Nr. 3 und dort zitiert v. Hahn § 7 zu Art. 250.

[15]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 75; Lastig bei Endemann § 140 IV S. 735 ff.; v. Hahn Art. 250 § 6 S. 769; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm 8; Lehmann-Ring S. 664 Nr. 4 und dort zitiert Anschütz u. v. Völderndorff Bd. 2 S. 877.

[1]) HGB. § 335.

pflegt, überhaupt erst die Grundlage für dessen Entstehung bildet. Wie schon oben erwähnt, begründet die Tatsache der Einlageleistung keine Beziehungen des stillen Gesellschafters als solchen zu dritten Personen. Nur für das Innenverhältnis hat die Einlage rechtliche Bedeutung; der Betrieb des Handelsgewerbes wird nunmehr vom Komplementar, der allein nach außen hin auftritt, für gemeinsame Rechnung geführt, Dritten gegenüber aber kann derselbe nur sich allein berechtigen und verpflichten.

Was nun den Gegenstand der Einlage betrifft, so wird diese in der Regel in einem Geldbetrage bestehen; durch die bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, welche lediglich von einer Vermögenseinlage sprechen, werden besondere weitere Erfordernisse hinsichtlich der Natur der Einlage nicht zur Bedingung gemacht. Es kommt darnach nur darauf an, daß die Einlage einen Vermögenswert repräsentiert, und somit können auch andere Sachen als Geld, Mobilien und Immobilien als Einlage hingegeben werden. Die Bestimmung des alten Handelsgesetzbuches,[2]) daß die Einlage des stillen Gesellschafters in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergehen solle, hat man allgemein im weitesten Sinne interpretiert und Eigentum hier für gleichbedeutend mit Vermögen angesehen. In Konsequenz hiervon hat man nicht nur körperliche Sachen, denn nur diese können streng genommen einem anderen zu Eigentum übertragen werden, sondern auch unkörperliche Sachen, z. B. Forderungsrechte, für geeignete Einlageobjekte erachtet. Das neue Handelsgesetzbuch hat diese Auffassung übernommen[3]) und läßt nunmehr die Einlage in das „Vermögen" des Inhabers des Handelsgeschäftes übergehen. Hierfür benennt die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches einen zweifachen Grund[4]): einerseits treffe die neue Fassung auch für solche Gegenstände zu, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauche überläßt, andererseits werde hierdurch ersichtlich

[2]) A. HGB. Art. 252.
[3]) HGB. § 335, der dem Art. 252 a. HGB. entspricht.
[4]) Denkschr. S. 343 (184).

gemacht, daß zum Eigentumsübergange der als Einlage bestimmten Gegenstände die nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechtes vorgeschriebenen Übertragungshandlungen erforderlich sind.

Es ist also nicht erforderlich, daß die Einlage zu Eigentum hingegeben werde; auch durch Überlassung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes kann sich ein stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbebetriebe eines anderen beteiligen; das stellt ebenso einen Vermögenswert dar wie die Übertragung des Eigentums an einem bestimmten Gegenstande. Es besteht die Möglichkeit der Umwertung in einen Geldbetrag; und mit diesem Geldbetrage nimmt der stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe teil, er bestimmt die Höhe seines, des stillen Gesellschafters, Verlustanteiles, ihn kann er bei Auflösung der Gesellschaft vom Komplementar herausverlangen. So kann die Überlassung des Rechtes, eine Erfindung auszubeuten, der Berechtigung, ein Fabrikgeheimnis auszunutzen, ebenso die Zuweisung eines gewissen Kundenkreises u. a. m. eine geeignete Vermögenseinlage darstellen.

Ob auch Dienste des stillen Gesellschafters, ob seine persönliche Arbeit als Einlage hingegeben werden kann, ist eine vielumstrittene Frage. Geht man von der Ansicht aus, daß alles, was Geldeswert repräsentiert, eine geeignete Vermögenseinlage bilden kann, dann kann man meines Erachtens auch nicht zurückhalten, diese Möglichkeit in Ansehung von Diensten, persönlichen Arbeitsleistungen zu bejahen.[5]) Es ist hiergegen geltend gemacht worden, daß die persönliche Arbeit des stillen Gesellschafters kein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger des Komplementars bilden könne, daß hier weder von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil,[6]) noch von „Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich

---

[5]) Auch Goldmann Bd. 2 § 335 Anm. S. 1303; Lehmann, Lehrb. § 67b S. 350; ebenso bei Lehmann-Ring § 335 Anm. 7.

[6]) HGB. § 337.

ist,[7]) noch von Rückzahlung der Einlage,[8]) noch endlich von Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger[9]) die Rede sein könne.[10])

Diese von Lastig geltend gemachten Gründe würden in ganzem Umfange auch gegen die Ansicht angeführt werden können, daß die Einlage in einem Gebrauchsrechte, einem Nießbrauche usw. bestehen kann. Spricht Lastig daher der persönlichen Arbeitsleistung des stillen Gesellschafters die Fähigkeit ab, ein geeignetes Einlageobjekt zu bilden, so müßte er diese Behauptung auf Gebrauchs- und Nutzungsrechte konsequent übertragen. Diese Schlußfolgerung zieht Lastig aber nicht. Es ist ferner entgegenzuhalten, daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Anteilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste durchweg dispositiver Natur sind. Es steht im Belieben der Parteien, zu vereinbaren, daß Geschäftsverluste dem stillen Gesellschafter nicht zur Last fallen sollen. Partizipiert derselbe also gemäß den Bestimmungen über seine Einlage nicht am Verluste, dann bleiben die bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches eo ipso außer Anwendung.

Maßgebend bleibt aber in erster Linie der Gesichtspunkt, daß auch persönliche Arbeitsleistungen einen Vermögenswert repräsentieren, und daß die Möglichkeit besteht, sie ihrem Werte nach durch einen Geldbetrag zu bestimmen. Dies gilt in demselben Maße für Gebrauchs- und Nutzungsrechte wie für jede andere körperliche Sache als Geld. Dieser durch Schätzung ermittelte Betrag der Einlage aber ist es, der durch Verlust

---

[7]) HGB. § 341 Abs. 2.

[8]) HGB. § 342 Abs. 1.

[9]) HGB. § 341 Abs. 1.

[10]) Lastig bei Endemann S. 705; auch Simon § 47 S. 173; die Möglichkeit, Dienste als Einlage in eine stille Gesellschaft hinzugeben, verneint auch Anschütz u. v. Völderndorff Anm. zu Art. 250 Bd. 2c S. 877, 878; a. M. Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 10; Staub vertritt in der neuesten Auflage seines Komm. z. HGB. anders als früher den bejahenden Standpunkt. Staub § 335 1, 3 Anm. 15 S. 1101: Dienste sind Einlagen, soweit sie in Geld schätzbar sind und durch sie der Gesellschaft Aufwendungen erspart werden.

vermindert, im Konkurse als Forderung geltend gemacht wird. Und daß eine Schätzung versprochener bezw. geleisteter Dienste sehr wohl möglich ist, kann nicht bestritten werden. In einem Fabrikbetriebe, in welchem beispielsweise der technische Leiter mit seiner Arbeitsleistung als Einlage sich beteiligt, würde diese sich auf den Geldbetrag beziffern, welchen der Inhaber des Unternehmens bei Anstellung eines anderen Betriebsleiters an Stelle des stillen Gesellschafters an jährlicher Vergütung zu zahlen hätte. Dieser Geldbetrag läßt sich unschwer auf Jahre hinaus durch Vervielfachung des einfachen Betrages bestimmen. Den von Lastig geltend gemachten Bedenken gibt Lehmann-Ring eine treffende Lösung;[11]) würde beispielsweise der Gesamtbetrag der Einlage auf 30 000 Mk. festgesetzt, der Wert der Arbeitsleistung des stillen Gesellschafters auf die jährliche Summe von 3000 Mk. abgeschätzt, dann sei es doch gleichgültig, ob der stille Gesellschafter bei entgeltlicher Dienstleistung seine Vergütung von 3000 Mk. jährlich entgegennehme und dieselbe nur dem Komplementar sodann als Rateneinlage zurückzahle, oder ob der stille Gesellschafter bei unentgeltlicher Arbeitsleistung sich diesen Betrag vom Komplementar als Rateneinlage buchen lasse. Diese Einlage wird hier eben ratenweise geleistet, sie wird „abgearbeitet", und würde im gegebenen Falle in zehn Teilbeträgen zu je 3000 Mk. in das Vermögen des Komplementars eingeworfen.

Schon die Römer kannten Gesellschaften, in welchen bei beiderseitiger Beteiligung am Gewinn von dem einen eine Geldeinlage hingegeben, von dem anderen nur Dienste geleistet wurden, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.[12])

Auch im Gesellschaftsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, dessen Bestimmungen ja ergänzend auf die Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft anzuwenden sind, ist ausdrücklich bestimmt, daß der Beitrag eines Gesellschafters in der Leistung von Diensten bestehen könne.[13]) Trotz dieser Sachlage hält das

[11]) Lehmann-Ring S. 665 Anm. 1.

[12]) Goldschmidt Bd. 24 S. 389f.; Crome § 2 S. 9; Baron S. 549; § 2 Inst. de societate (III, 25).

[13]) BGB. § 706 Abs. 3.

Bürgerliche Gesetzbuch im § 707 aber auch eine Verminderung der Einlage durch Verlust für möglich. Hier kann nicht eingewendet werden, daß — was auch rückhaltlos zugegeben wird — die Begriffe „Beitrag“ und „Einlage“ eine verschiedene Bedeutung haben, daß sie sich inhaltlich nicht decken; denn unbestritten ist der Begriff „Einlage“ der engere und wird von dem weiteren „Beitrag“ mitumfaßt.[14]) Es wird also, was für den Beitrag gilt, auch für die Einlage Anwendung finden.

Verpflichtet sich jemand, dem Inhaber eines Handelsgewerbes bestimmte Summen zu kreditieren,[15]) oder verspricht er diesem, die im Geschäft erforderlichen Aufwendungen gegen Rückerstattung auszulegen,[16]) so ist darunter kein Dienst im Sinne einer Einlage zu verstehen. Auch wenn ein Ehemann das von seiner Ehefrau eingebrachte Gut im Betriebe seines Handelsgewerbes verwendet, so begründet dies noch nicht das Verhältnis einer stillen Gesellschaft, in welchem das verwendete Frauengut die seitens der Ehefrau als stiller Gesellschafterin eingeworfene Vermögenseinlage bedeutet. Erst durch das Hinzukommen eines Gesellschaftsvertrages würden die besonderen Rechtsbeziehungen der stillen Gesellschaft zwischen Ehemann und Ehefrau zur Entstehung gelangen.

Leistet ein Angestellter eines Handelsgewerbebetriebes, der zugleich auch bestimmte Gewinnanteile bezieht, eine Kaution, so hat dies nicht die Bedeutung, daß der Angestellte sich an dem Betriebe mit einer Vermögenseinlage als stiller Gesellschafter beteiligt. Denn beide, Kaution und Vermögenseinlage, tragen grundverschiedenen Charakter. Erstere ist eine Sicherheitsleistung, durch welche der Angestellte für gewisse Handlungen, für die Erfüllung gewisser Obliegenheiten nach Gesetz oder Vertrag Gewähr leistet,[17]) letztere ist ein Zuschuß, den der Geschäftsherr für sein Unternehmen erhält und der im Betriebe des Unternehmens wirtschaftlich verwendet wird.

---

[14]) Löwy S. 27 u. 28 und dort zitiert Gierke, Genossenschaftstheorie S. 534—537.

[15]) RGE. Bd. 31 S. 74.

[16]) RGE. Bd. 33 S. 129.

[17]) Anschütz u. v. Völderndorff Art. 250 II Anm. 6 S. 877.

Ist der stille Gesellschafter zugleich Angestellter in dem Handelsgewerbebetriebe des Komplementars, dann bestehen beide Vertragsverhältnisse, das Sozietätsverhältnis wie das Dienstverhältnis, völlig unberührt nebeneinander; sie finden getrennte Behandlung.[18])

Der stille Gesellschafter hat gemäß § 335 HGB. die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, während nach dem alten Handelsgesetzbuche der Komplementar Eigentümer der Einlage wurde. Ist es zweifelhaft, ob eine Einlage quoad dominium oder quoad usum hingegeben worden ist, so wird die bezügliche Auslegungsregel des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich eines Versprechens, einen bestimmten Gegenstand einzubringen, zur Ergänzung dienen müssen, und es ist danach, soweit vertretbare Sachen in Frage kommen, die Annahme begründet, daß ihre Hingabe quoad dominium gemeint ist, was bei nichtvertretbaren und verbrauchbaren Sachen nur dann vermutet wird, wenn sie nach einer Schätzung eingeworfen worden sind, die nicht nur für die Gewinnverteilung bestimmt ist.[19])

Es soll aber durch die neue Fassung auch — wie die Denkschrift[20]) ausführt — zum Ausdruck gebracht werden, daß es, um den Gegenstand selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch desjenigen Übertragungsaktes bedarf, welcher nach der Natur des Gegenstandes zur Rechtsübertragung erforderlich ist. Es müssen also, soll ein Grundstück als Einlage hingegeben werden, die §§ 873 u. 925 BGB. zur Anwendung gelangen; es sind Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang, formelle Erklärung derselben und Eintragung in das Grundbuch als Erfordernisse wesentlich. Besteht die Einlage in einer beweglichen Sache, dann muß nach §§ 929—931 BGB. der Eigentumsübergang durch Einigung der Parteien und Übergabe des Einlageobjektes oder auch durch constitutum possessorium erfolgen, wenn der

---

[18]) Lehmann-Ring S. 668 Nr. 13; Behrend § 93 Anm. 34a S. 675; Seufferts Arch. n. F. Bd. 20 Nr. 100 S. 179.

[19]) BGB. § 706 Abs. 2.

[20]) Denkschr. z. Entw. eines HGB. S. 257 (82).

Eigentümer, hier der stille Gesellschafter, die Sache im Besitze hat, durch brevi manu traditio, wenn der Erwerber, hier der Komplementar, Besitzer der Sache ist, oder endlich durch Abtretung des Herausgabeanspruches seitens des Eigentümers, des stillen Gesellschafters, an den Erwerber, den Komplementar, wenn ein Dritter im Besitze der Sache sich befindet. Beabsichtigt der stille Gesellschafter Forderungs- oder sonstige Rechte als Einlage einzubringen, so müssen die für die Übertragung von Rechten gegebenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung gelangen.[21])

Über die Zeit, in welcher die Einlage einzubringen ist, entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag; enthält dieser hierüber keine ausdrücklichen Vereinbarungen und steht andererseits die Natur der Einlage nicht entgegen, dann muß angenommen werden, daß die Einlage mit dem Beginn der stillen Gesellschaft, meist also im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses fällig ist. Kommt der stille Gesellschafter in Verzug, so ist er verpflichtet, an den Komplementar Verzugszinsen, welche, sofern er, der stille Gesellschafter, Kaufmann ist, in Höhe von 5%, anderenfalls auf 4% zu berechnen sind, zu zahlen, daneben aber auf einen etwa durch den Verzug entstandenen höheren Schaden dem Komplementar zu ersetzen. Ob die Leistung der Einlage auf einmal oder ratenweise zu erfolgen hat, wird ebenfalls zunächst aus dem Gesellschaftsvertrage mangels ausdrücklicher Regelung aus der Art der Einlage zu entnehmen sein.

Die Höhe der Einlage richtet sich ebenfalls nach dem Gesellschaftsvertrage. Es ist nicht erforderlich, daß sie zahlenmäßig bestimmt, sondern daß sie in einer Form versprochen ist, welche eine Ermittlung des versprochenen Geldbetrages durch richterliches Ermessen ermöglicht.[22]) Sie muß also wenigstens bestimmbar sein.[23]) Es würde genügen, wenn der stille Gesellschafter versprechen würde, dasjenige Kapital als Einlage her-

[21]) BGB. §§ 398 ff.

[22]) Neues Arch. f. HR. Bd. 2 Nr. 18 S. 437 ff.; JurW. Jahrg. 1896 S. 76 Nr. 42.

[23]) Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7; Behrend § 91 IIc S. 659/60; Bolze Bd. 22 Nr. 500 S. 239.

zugeben, welches zum Betriebe des Handelsgewerbes sich als erforderlich herausstellt,[24]) oder wenn der stille Gesellschafter sich verpflichten würde, seine Einlage nach Bedürfnis des Geschäftes zu erhöhen.[25]) Ohne vertragliche Regelung besteht für den stillen Gesellschafter eine Pflicht zur Erhöhung oder Ergänzung seiner Einlage nicht. Eine scheinbare Ausnahme hiervon bedeutet die Vorschrift des § 337 Abs. 2 Satz 2, nach welcher der jährliche Gewinn des stillen Gesellschafters, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, zur Deckung des Verlustes verwendet wird. Für Mängel der Einlage haftet der stille Gesellschafter nach Maßgabe der für den Verkäufer gegebenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[26])

Der Ort, an welchem die Leistung der Einlage zu erfolgen hat, ist, falls der Gesellschaftsvertrag sich einer besonderen diesbezüglichen Bestimmung enthält, der Ort der Handelsniederlassung des Komplementars,[27]) doch können sich aus der Art und der Natur der Einlage hier auch andere Möglichkeiten ergeben; dies wird besonders häufig der Fall sein können, wenn die Einlage des stillen Gesellschafters in persönlichen Dienstleistungen besteht, beispielsweise in seiner Tätigkeit als Reisender.[28])

V. Die Teilnahme am Verlust.

Während die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Einlageleistung ein wesentliches Erfordernis des stillen-Gesellschaftsverhältnisses bildet, steht es im Belieben der Parteien, eine Anteilnahme des Stillen am Verluste zu vereinbaren oder auszuschließen. Für das alte Handelsgesetzbuch war diese Frage außerordentlich bestritten. Es herrschte nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte in Ansehung dieses Punktes große Unsicherheit. Während Staub

---

[24]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 81.
[25]) Behrend § 91 IIc S. 660; Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7.
[26]) BGB. §§ 445, 493.
[27]) Lehmann-Ring S. 668 Nr. 14.
[28]) Dießner, Diss., Leipzig 1906, S. 20.

und Gareis[1]) den Ausschluß des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters für unmöglich erklärten, da er dem Wesen der stillen Gesellschaft widerspreche, hielten Lastig,[2]) Puchelt,[3]) Behrend,[4]) Renaud,[5]) v. Hahn[6]) u. andere[7]) ihn sehr wohl für zulässig und meinten, daß die regelmäßige Ausgestaltung der stillen Gesellschaft wohl eine Belastung des Stillen mit einer Verlustquote in sich schließen würde, und daß darnach eine Ausschließung dieser Belastung lediglich eine Abweichung von dem Normalfall bedeute.[8]) Auch das Reichsgericht hat mehrfach klar der Ansicht Ausdruck gegeben,[9]) daß die Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste des Komplementars nicht zu den wesentlichen Voraussetzungen für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches gehöre; dennoch ist dieser Auffassung in einer anderen Entscheidung ebenso deutlich widersprochen worden, indem dort ausgeführt ist, daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die stille Gesellschaft nur dann Anwendung finden dürften, wenn die Voraussetzungen der stillen Gesellschaft erfüllt seien, d. h. wenn Anteil sowohl am Verlust als auch am Gewinn vorhanden ist. Anderenfalls, d. h. wenn Verlustausschluß verabredet sei, könnte nur eine analoge Anwendung der für die stille Gesellschaft gegebenen Vorschriften auf Grund besonderer ausdrücklicher Parteivereinbarung stattfinden.

Hier hat das neue Handelsgesetzbuch Wandel geschaffen, indem es im § 336 Abs. 2 die im Gesellschaftsvertrage aufzunehmende Bestimmung, „daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste beteiligt sein soll", unter Ablehnung der Möglichkeit, seine Beteiligung am Gewinn auszuschließen, ausdrücklich für

---

[1]) Staub Art. 250 § 6 S. 644; Komm. z. a. HGB. 3. u. 4. Aufl.; Gareis und Fuchsberger Art. 250 Anm. 7 S. 565/66; Gareis, HR. S. 122.

[2]) Lastig § 137 S. 705.

[3]) Puchelt Art. 254 Anm. 3 S. 661.

[4]) Behrend § 91 IId Anm. 25 S. 662.

[5]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 85, 130.

[6]) v. Hahn Art. 254 Anm. S. 773.

[7]) ROHG. Bd 12 S. 100.

[8]) vgl. auch Bolze Bd. 1 Nr. 1158 u. 1159 S. 259.

[9]) RGE. Bd. 20 S. 165, Bd. 27 S. 16.

zulässig erklärt hat. Die Ausschließung der Anteilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste darf nicht schon daraus gefolgert werden, daß die Parteien es unterlassen haben, über die Gewinn- oder Verlustbeteiligung im Vertrage etwas zu verlautbaren, oder daß sie die Gewinnbeteiligung geregelt, die Verlustbeteiligung aber übergangen haben. Es ist vielmehr zur Ausschließung der Verlustbeteiligung unbedingt erforderlich, daß die Parteien diese im Vertrage ausdrücklich bestimmen.

Verlust ist vorhanden, wenn und soweit am Schlusse einer Rechnungsperiode der in derselben gemachte Erwerb die in eben diesem Rechnungsabschnitte entstandenen Einbußen und Unkosten nicht deckt.[10]) Dieser Verlust muß in dem Geschäftsbetriebe des Inhabers des Handelsgewerbes entstanden sein, an welchem sich ja der Stille mit seiner Vermögenseinlage beteiligt; dieses Erfordernis aber hat zweierlei Bedeutung; einerseits nimmt der Stille nicht an solchen Verlusten teil, welche außerhalb des fraglichen Handelsgewerbebetriebes durch Rechtsgeschäfte, die über die Grenzen des von der stillen Gesellschaft umfaßten Gewerbebetriebes hinausgehen, entstanden sind — z. B. der Stille beteiligt sich als stiller Gesellschafter an dem Zigarrengroßhandel des Komplementars, welcher an nebenher betriebenen Grundstücksspekulationsgeschäften bedeutende Verluste erlitten hat —, andererseits ist für die Berechnung des Verlustanteiles der Gesamtbetrag des in dem ganzen von der stillen Gesellschaft umfaßten Gewerbebetriebe oder Gewerbezweige entstandenen Verlustes maßgebend; sein Anteil ist nicht bloß auf den Verlust aus einzelnen Rechtsgeschäften beschränkt.

Dieser Gesamtverlust trifft unmittelbar nur den Komplementar, nur der letztere bleibt Dritten gegenüber aus den von ihm als Geschäftsherrn vorgenommenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet; da ein Gesellschaftsvermögen nicht besteht, die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Komplementars übergeht, so wird durch den gesamten Verlust zunächst nur das Vermögen des Komplementars betroffen. Der Komplementar aber schreibt den auf den stillen Gesellschafter ent-

[10]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 131.

fallenden Verlustanteil diesem auf dessen Konto zur Last mit dem Erfolge, daß der Rückgabeanspruch, welcher dem stillen Gesellschafter gegen den Komplementar in Ansehung der Einlage zusteht, dem Betrage nach vermindert oder erschöpft wird, wenn nicht durch spätere Gewinnanteile eine Ausgleichung herbeigeführt wird.

Das Maß, nach welchem der Verlustanteil berechnet werden soll, unterliegt ebenso wie die Höhe der jedesmaligen Verlustquote der freien Vereinbarung seitens der Parteien; die Berechnung kann hier nach mannigfachen Gesichtspunkten erfolgen. So können die Parteien verabreden, daß der stille Gesellschafter eine bestimmte Quote des Verlustes, etwa bestimmte Prozente des Gesamtverlustbetrages zu tragen hat, oder daß der Stille nach Maßgabe seiner Einlage oder nach dem Verhältnis des jedesmaligen Bestandes seiner Einlage am Verluste zu partizipieren hat, oder daß ihm bis zu einem bestimmten Betrage der ganze Verlust allein — im Gesamtbetrage natürlich nicht über seine Einlage hinaus — zur Last fallen solle. Ist über die Art der Anteilnahme am Verluste im Vertrage nichts gesagt, dagegen Art und Höhe der Gewinnbeteiligung von den Parteien ausdrücklich geregelt worden, so kommen die für letztere vereinbarten Bestimmungen auch für die erstere zur Anwendung.[11]) Enthält der Vertrag weder über den Gewinn- noch über den Verlustanteil Vereinbarungen, so gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen.[12]) In jedem Falle aber ist der Verlustanteil in seiner Höhe durch den Betrag der Einlage begrenzt; darüber hinaus besteht eine Haftung des stillen Gesellschafters nicht. Der Komplementar kann, wenn die Einlage vom stillen Gesellschafter vollständig eingezahlt worden ist, weitere Ansprüche gegen diesen nicht mehr geltend machen, auch wenn der für den stillen Gesellschafter berechnete Verlustanteil die Einlage um ein bedeutendes übersteigt. Eine Ausnahme von dieser Norm liegt auch nicht in der gesetzlichen Bestimmung, daß ein späterer jährlicher Gewinn so lange zurück-

---

[11]) BGB. § 722 Abs. 2.
[12]) HGB. § 336 Abs. 1.

behalten wird, bis die durch Verlust verminderte Einlage ihre ursprüngliche Höhe wieder erreicht hat.[13])

Hat der stille Gesellschafter den ihm zustehenden Gewinn aus einer oder mehreren Rechnungsperioden nicht abgehoben, so wird seine Einlage durch diesen Betrag nicht erhöht. Der Komplementar ist also nicht berechtigt, diesen Betrag zur Deckung von Verlusten zu verwenden, wenn die Einlage durch spätere Verlustanteile des stillen Gesellschafters aufgezehrt worden ist, ebensowenig darf dieser nicht erhobene Gewinn zur Auffüllung der durch spätere Verluste verminderten Einlage im Sinne der Vorschrift des § 337 Abs. 2 Satz 2 Teil 2 vom Komplementar angegriffen werden. Dieser fragliche Betrag bildet eine selbständige Forderung des stillen Gesellschafters an den Komplementar und scheidet auch bei der Berechnung des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Gewinn- oder Verlustanteiles vollständig aus. Diese Berechnung ist jedesmal eine endgültige. So ist auch der stille Gesellschafter keinesfalls verpflichtet, einen bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

Anders verhält es sich, wenn dem stillen Gesellschafter ungeachtet verminderter oder verbrauchter Einlage auf Grund einer irrigen Bilanz Gewinn ausgezahlt worden ist. Hier würde er aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet sein, den Gewinn zurückzubezahlen, auch wenn er selbst bei Entgegennahme der Gewinnquote in gutem Glauben sich befunden hat und auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz der Gewinn berechnet worden ist.[14]) Eine analoge Anwendung des § 172 Abs. 5 HGB. findet hier nicht statt.[15]) Hat der Komplementar den Gewinn, welcher richtigerweise zur Ergänzung der verminderten Einlage zurückgehalten werden mußte, wissentlich ausgezahlt, so kann darin eine Verminderung des den stillen Gesellschafter belastenden Verlustanteiles oder aber eine teilweise Zurückzahlung der Einlage erblickt werden, deren An-

---

[13]) HGB. § 337 Abs. 2.

[14]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 126.

[15]) Lehmann-Ring § 337 Nr. 5 S. 673; Behrend § 93 III S. 675 mit Bezug auf Art. 165 Abs. 6 a. HGB., welcher dem § 172 Abs. 5. n. HGB. entspricht; Staub § 337 Anm. 7 S. 1109.

fechtung seitens des Konkursverwalters nach Maßgabe des § 342 HGB. erfolgen könnte.

Wie schon erwähnt, werden die den stillen Gesellschafter belastenden Verlustanteile seinem Einlagebetrage abgeschrieben; so kann es kommen, daß bei fortgesetzten Verlusten die Einlage des Stillen absorbiert ist, ohne daß die stille Gesellschaft ihre Existenz beendigt. Die Rechtslage wäre in diesem Falle eine verschiedene, je nach den Gesichtspunkten, welche für die Gewinn- bezw. Verlustberechnung maßgeblich sind. Bestimmt sich der Gewinn- bezw. Verlustanteil nach Bruchteilen oder Prozenten des jeweiligen Geschäftsergebnisses oder wird er nach dem Verhältnis der ursprünglichen Einlage bemessen, so nimmt der stille Gesellschafter fortgesetzt am Gewinn und Verlust des Geschäftsbetriebes teil. Etwaige Gewinnanteile werden ihm gutgeschrieben und zur Ausgleichung bisheriger Verluste so lange verwendet, bis der ursprüngliche Einlagebetrag wieder erreicht ist; durch weitere Verlustanteile wird sein Passivkonto vermehrt. Bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt die definitive Feststellung, ob ein Aktiv- oder Passivsaldo sich ergibt. Ein etwaiges Guthaben hat der Komplementar dem stillen Gesellschafter herauszuzahlen; ergibt die Schlußrechnung ein Passivum, so ist der stille Gesellschafter zur Berichtigung desselben jedoch nicht verpflichtet.

Richtet sich der Gewinn und Verlustanteil des stillen Gesellschafters nach der Höhe des jeweiligen Einlagebetrages, dann kann, sobald dieser einmal erschöpft ist, eine weitere Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn bezw. am Verlust nicht mehr erfolgen.[16]) Es ist dann auch m. E. mit dem Verluste der Einlage ein weiteres Bestehen des Gesellschaftsverhältnisses unmöglich, da sich ein Gewinn zugunsten des stillen Gesellschafters nicht mehr ergeben kann.

Für die Vornahme der Feststellung des Geschäftsergebnisses schreibt § 337 Abs. 1 HGB. vor, daß sie am Schlusse jeden Ge-

---

[16]) Lastig bei Endemann S. 739; v. Hahn Art. 255 § 2 S. 775 in Verb. mit Art. 161 §§ 7 u. 8 S. 564; Cosack 4. Aufl. § 111 X, 1c gegen seine 3. Aufl. S. 598; Staub § 337 Anm. 6 S. 1109.

schäftsjahres zu erfolgen hat; natürlich können die Parteien andere Rechnungsperioden vereinbaren. Ist der Komplementar Vollkaufmann, so hat er hier die Vorschriften der §§ 39—41 HGB. zu beachten; zur Nachprüfung der Richtigkeit der von dem Komplementar aufgestellten Rechnung stehen die im § 338 HGB. begründeten Rechte dem stillen Gesellschafter zur Seite.

Die im Abs. 1 des § 337 HGB. gebrauchte Ausdrucksweise „am Schlusse des Geschäftsjahres" soll richtigerweise dahin verstanden werden, daß die in diesen Zeitpunkt gelegte Abschlußrechnung noch vor der Beendigung innerhalb des laufenden Geschäftsjahres, nicht erst nach Jahresschluß zu Beginn des neuen Geschäftsjahres vorgenommen werden soll. Beabsichtigt der Gesetzgeber das letztere, so hätte er „im Anschlusse an das Geschäftsjahr" sagen können.[17]) Ist der Komplementar ein Vollkaufmann, dann hat er nach Maßgabe des hier ergänzend anzuwendenden § 39 Abs. 2 HGB. die erforderliche Abschlußrechnung für den Schluß des Geschäftsjahres, also zu Beginn des neuen Geschäftsjahres für das vergangene vorzunehmen. Ist der Komplementar eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, so hat die Rechnung in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres für das verflossene zu erfolgen.[18]) Dasselbe gilt für den Fall, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Komplementar einer stillen Gesellschaft beteiligt ist;[19]) für die offene Handelsgesellschaft kommt § 120 HGB. und für die Kommanditgesellschaft § 167 HGB. zur Anwendung.

VI. Die Haftung des stillen Gesellschafters.

§ 1.

Allgemeines.

Die eigenartige rechtliche Natur der stillen Gesellschaft, daß sie als solche nach außen gar nicht in Erscheinung tritt, sich vielmehr lediglich als ein Innenverhältnis darstellt, das allein

[17]) Dießner S. 23.
[18]) HGB. § 260 Abs. 2.
[19]) § 41 GmbHG. v. 20. 4. 1892/20. 5. 1898.

zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter rechtliche Wirkungen entstehen läßt, verhindert folgerichtig auch, daß dritte Personen sich gegenüber der Gesellschaft berechtigen oder verpflichten können. Wie der Geschäftsinhaber allein und in eigenem Namen nach außen hin das Handelsgewerbe betreibt, so wird auch er allein — das ist schon oben ausgeführt — aus den im Geschäftsbetriebe abgeschlossenen Geschäften berechtigt, er allein haftet den Gläubigern des Geschäfts persönlich und unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen. Dabei ist es gleichgültig, ob das Vermögen in dem Handelsgewerbebetriebe zur Verwendung gelangt oder von dem Komplementar anderweitig verwendet wird. Gesellschaftsgläubiger gibt es nicht, sondern nur Gläubiger des Komplementars; nur dieser kann klagen und verklagt werden; nur er ist Partei, während der stille Gesellschafter nur die Stellung eines Zeugen haben wird. Der stille Gesellschafter steht zu den Gläubigern überhaupt in keinerlei direkten Beziehungen. Daß er durch Schulden des Komplementars mitbelastet wird und dessen Rechte auch ihm zugute kommen, ist lediglich eine Folge des Innenverhältnisses, die außer Betracht bleibt. So ist es nicht möglich, daß die Gläubiger des Geschäftsinhabers eine Forderung, die der stille Gesellschafter gegen sie hat, mit einer Forderung kompensieren, die ihnen gegen den Komplementar zusteht. Indem der stille Gesellschafter selbst keine Forderung gegen die Schuldner des Komplementars hat, können diese an ihn Zahlungen, die an den Komplementar gerichtet werden sollen, mit befreiender Wirkung nicht leisten.

Hat der Stille seine Einlage noch nicht oder noch nicht vollständig eingezahlt, so gehört die gegen ihn gerichtete Forderung des Komplementars auf Einzahlung der Einlage zu dessen Vermögen. Hier kann es vorkommen, daß der stille Gesellschafter in eine mittelbare Beziehung zu den Gläubigern des Komplementars gelangt; der Komplementar kann die fragliche Forderung seinen Gläubigern zedieren und sie somit in den Stand setzen, aus dieser Zession gegen den stillen Gesellschafter vorzugehen, andererseits aber können die Gläubiger gegebenenfalls diese Forderung nach Maßgabe des § 829 ZPO. pfänden und sich über-

weisen lassen. Selbstverständlich ist der stille Gesellschafter den Gläubigern des Komplementars gegenüber verhaftet, wenn er selbst mit ihnen im eigenen Namen Geschäfte abgeschlossen hat.

Wollen die Gläubiger des Komplementars den stillen Gesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen, so ist stets das Vorhandensein eines besonderen Rechtsgrundes, z. B. Eingehung einer Bürgschaft oder Schuldübernahme (§ 411 BGB.), erforderlich. Ohne solchen Tatbestand ist eine direkte Haftung des stillen Gesellschafters ausgeschlossen. Als ein besonderer Rechtsgrund ist aber auch die Kundmachung der stillen Gesellschaft und der durch diese Kundmachung einem Dritten event. erteilte Kreditauftrag anzusehen. Darüber soll in dem folgenden Abschnitt die Rede sein.

§ 2.

Die Kundmachung der stillen Gesellschaft.

Die hierunter zu behandelnde Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Kundmachung des stillen Gesellschaftsverhältnisses die Gläubiger des Komplementars berechtigen kann, den stillen Gesellschafter unmittelbar in Anspruch zu nehmen, ist eine hart umstrittene. Das alte Handelsgesetzbuch hat in Art. 260 lediglich gesagt, daß die Entscheidung hierüber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen getroffen werden müsse; das neue Handelsgesetzbuch hat diese Bestimmung mit Recht nicht mehr übernommen. Dem genannten Artikel wohnt eine selbständige Bedeutung nicht inne, er spricht vielmehr nur aus, was nach allgemeinem bürgerlichen Rechte und Handelsrechte selbstverständlich ist (Denkschr. S. 344 [185]).

Maßgeblich für die Beantwortung der genannten Frage ist in erster Linie — und das geht auch schon aus dem Wortlaute des Art. 260 a. HGB. hervor —, ob das Vorhandensein der stillen Gesellschaft durch den stillen Gesellschafter selbst oder mit dessen Willen und Wissen bekanntgemacht worden ist. Hat ein Komplementar mehrere stille Gesellschaften geschlossen und macht einer der mehreren stillen Gesellschafter einem Dritten Mitteilung davon, daß in dem Geschäftsbetrieb des Komplementars

sich Herr B. als Gesellschafter mit einer Einlage von soundsoviel tausend Mark beteiligt, so kann natürlich diese Bekanntgabe des stillen Gesellschaftsverhältnisses zwischen dem Komplementar und Herrn B. dem betreffenden Dritten gegenüber rechtliche Wirkungen nicht erzeugen.[1]) Die mehreren stillen Gesellschafter stehen ja zueinander auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses in keiner rechtlichen Beziehung. Sind mehrere stille Gesellschafter bei demselben Handelsgewerbe beteiligt, dann sind ebensoviele stille Gesellschaften als stille socii vorhanden; die rechtlichen Wirkungen erschöpfen sich in den Beziehungen jedes einzelnen socius zum Komplementar (S. 16 der Abhandlung). Der stille Gesellschafter kann aber auch einem Dritten mitteilen, daß er sich selbst mit einer bestimmten Einlage an dem Handelsgewerbe eines anderes beteilige. Einer solchen Bekanntgabe kann eine verschiedene Bedeutung innewohnen. Sie kann gesprächsweise in freundschaftlicher Unterhaltung, sie kann in einer geschäftlichen Unterredung einem Kunden gegenüber geschehen sein. Der stille Gesellschafter kann die Mitteilung einem seiner Gläubiger gegenüber gemacht haben, um zu erwirken, daß dieser ihm mit Rücksicht auf das im fremden Handelsgewerbe sicher und fruchtbar angelegte Vermögen Stundung gebe, oder daß dieser ihm weiteren Kredit gewähre. Auch hier bleibt die fragliche Mitteilung gegenüber dem Dritten, an welchen sie ergangen ist, ohne rechtliche Wirkung (Renaud, Stille Gesellschaft S. 108 ff.). Aber selbst wenn der stille Gesellschafter einem Dritten gegenüber von der stillen Gesellschaft Mitteilung macht mit der Absicht, den Kredit des Komplementars zu erweitern und den Dritten zu veranlassen, daß er dem Komplementar Kredit gewähre, so ist auch dieser Mitteilung nicht ohne weiteres die Bedeutung eines Garantieversprechens, eines Kreditauftrages beizumessen. Renaud, der unter anderen diesen Standpunkt vertritt, führt zur Begründung desselben an, daß der stille Gesellschafter durch eine in genanntem Umfange und in genannter Absicht gemachte Mitteilung den Benachrichtigten nicht verpflichten wolle, dem Komplementar zu kreditieren, noch den Willen habe, sich

[1]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 108.

selbst zur Deckung des durch die Kreditgewährung entstandenen Schadens zu verpflichten. Eine Bekanntgabe des fraglichen Inhalts sei, auch wenn sie zu dem Zwecke geschehe, den Kredit des Komplementars zu erhöhen und Dritte zur Kreditgewährung zu veranlassen, lediglich assertorischer Art; sie bezeuge eine Tatsache, von der man hoffe, daß sie zu dem beabsichtigten Zwecke führen werde. Und wenn sie auch tatsächlich die Wirkung habe, Dritte zur Kreditgewährung zugunsten des Geschäftsinhabers zu veranlassen, so enthalte sie an sich keine Willenserklärung, durch welche sowohl der Benachrichtigte wie der Benachrichtigende verpflichtet werden sollte. Daher sei hier weder ein mandatum de credendo schlechtweg noch ein solches im Zweifel anzunehmen. Dies ist auch meines Erachtens das Richtige. Geht aus der Kundmachung nicht unzweideutig hervor oder wird durch eine der Kundmachung nebenhergehende Willenserklärung nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Benachrichtigende die Absicht habe, sich zur Deckung des aus der Kreditgewährung entstehenden Schadens dem Dritten gegenüber zu verpflichten, dann braucht der Stille nicht zu haften. So führt auch Lastig[2]) zutreffend aus: „Die bloße Publikation der stillen Gesellschaft kann tatsächlich Dritte veranlassen, dem Geschäftsinhaber zu kreditieren; eine Aufforderung des stillen Gesellschafters, seinem Geschäftsinhaber Kredit zu gewähren, kann nur in anderen, die Publikation begleitenden Umständen enthalten sein, desgleichen die Zusage, in einer bestimmten Weise für Befriedigung zu haften". Man geht ohne Grund zu weit, das Vorhandensein eines Kreditauftrages auch stets dann anzunehmen, wenn nicht aus einer ausdrücklichen Erklärung oder aus den Umständen erhellt, daß der Benachrichtigende sich nicht verpflichten wolle. Hat der stille Gesellschafter die Bekanntgabe des Gesellschaftsverhältnisses durch Zirkulare, Annoncen, Börsenanschläge usw. bewirkt, so wird das Vorhandensein eines Kreditauftrages auch deshalb nicht angenommen werden können, weil dieser in seiner rechtlichen Konstruktion einen Vertrag zwischen dem Beauftragenden und dem Beauftragten zur Voraussetzung hat,

[2]) Lastig bei Endemann S. 756.

welche Voraussetzung aber durch die an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Mitteilung nicht erfüllt wird.[3]) Läßt aber die vom stillen Gesellschafter einem Dritten gemachte Mitteilung im einzelnen Falle die Auslegung zu, daß der Stille einen Kreditauftrag hat erteilen wollen, dann kann der betreffende Dritte, der Gläubiger, erst dann einen direkten Anspruch gegen den stillen Gesellschafter geltend machen, wenn er vergeblich versucht hat, aus dem gesamten Vermögen des Komplementars Befriedigung zu erlangen. Der stille Gesellschafter ist ferner nur dann und nur insoweit direkt in Anspruch zu nehmen, als er seine Einlage nicht oder noch nicht vollständig eingezahlt hat oder dieselbe ihm zurückgezahlt worden ist. Unbedingt aber kann er, wenn er einen Gläubiger auf Grund des Kreditauftrages in Höhe seines vollen Einlagebetrages befriedigt hat, diesen Einwand, daß er einem anderen schon gehaftet hat, späteren Gläubigern entgegenhalten. Der gegenteiligen Meinung, daß der stille Gesellschafter jedem einzelnen Gläubiger bis zu seinem vollen Einlagebetrage gesondert hafte,[4]) kann ich nicht folgen. Erteilt der stille Gesellschafter Dritten einen Kreditauftrag zugunsten des Komplementars unter gleichzeitiger Bekanntgabe des stillen Gesellschaftsverhältnisses, so will er damit nichts anderes sagen, als daß er bei eintretender Insolvenz mit seiner Einlage noch dahinter stehe, und daß er natürlich keinesfalls mehr verlieren wolle, als er als stiller Gesellschafter gegebenenfalls einbüßen könne; er will dem Dritten bei Ausfall seiner Forderung an den Komplementar insoweit haften, als er die Einlage noch nicht geleistet oder die geleistete Einlage wieder zurückerhalten hat. Beide, die Publikation der stillen Gesellschaft und die die Kundmachung begleitenden Umstände, welche die Aufforderung des stillen Gesellschafters zur Kreditgewährung sowie die Zusage der Deckung

---

[3]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19; anderer Meinung Behrend § 95 Anm. 38 S. 692; Adler-Clemens, Sammlung von Entsch. z. HGB. von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens 2. Aufl. Bd. 1—5, Wien 1891; Entsch. Nr. 81 S. 59; v. Hahn Art. 260 §§ 17 u. 18 S. 792; Romen § 5 S. 29; Dießner, Diss. S. 28.

[4]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19.

eines durch die Kreditgewährung etwa entstehenden Schadens einschließen, müssen notwendig ungetrennt miteinander für den Umfang der Haftung des stillen Gesellschafters interpretiert werden. Er haftet nicht allein dem Betrage nach bis zur Höhe der Einlage, sondern er haftet auch nur mit der Einlage. Diese aber kann er durch Auszahlungen des Komplementars erschöpfen, so daß er nicht noch einmal zu leisten verpflichtet ist.

Hat der stille Gesellschafter bei der Kundmachung zugleich auch mitgeteilt, daß sein Verlustanteil den ganzen Einlagebetrag nicht erreiche, daß er nur mit einem bestimmten Teile am Verluste partizipiere, dann würde auch seine Haftung den Gläubigern des Komplementars gegenüber entsprechend beschränkt. Dagegen haftet er nach Maßgabe des Garantieversprechens den Gläubigern auch dann, wenn er nach dem Gesellschaftsvertrage zur Teilnahme am Verluste nicht verpflichtet ist, sofern er dieses den Gläubigern bei der Kundmachung mitzuteilen unterlassen hat.[5]) Die Haftung bezieht sich auch nur auf solche Forderungen, welche in dem Handelsgewerbebetriebe, an welchem der stille Gesellschafter sich beteiligt, entstanden sind.[6]) Sie erlischt für die Zukunft mit Auflösung der Gesellschaft, ebenso durch Widerruf oder Eintritt eines bei der Publikation mitgeteilten Endtermines oder durch Erlaß der Einlage auf Grund einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Doch müssen alle diese Tatsachen den Gläubigern bekanntgemacht werden, es sei denn, daß sie auf andere Weise zu ihrer, der Gläubiger, Kenntnis gelangt sind, oder ihnen bekannt sein mußten.[7])

§ 3.

Im Konkurse des Komplementars.

Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes der Konkurs eröffnet, so hat der stille Gesellschafter die Einlage, wenn dieselbe rückständig ist, bis zu dem Betrage, welcher zur

[5]) Dießner S. 29.
[6]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19.
[7]) Dießner S. 30; Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19.

Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.[8]) Er ist nicht mehr zur Einzahlung der vollen Einlage auf Grund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, da ja mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Komplementars auch die Auflösung der stillen Gesellschaft erfolgt und damit auch das Recht des Komplementars entfällt, die Einzahlung der Einlage über den Betrag des den stillen Gesellschafter belastenden Verlustanteils zu erlangen. Hiernach würde sich folgende Berechnung ergeben:

Beträgt der Passivbetrag 60000 Mk., der Aktivbetrag 15000 Mk. und ist der stille Gesellschafter, der 20 % des Verlustes zu tragen hat, mit seiner ganzen Einlage von 25000 Mk. im Rückstande, dann würde er bei einem Gesamtausfall von 45000 Mk. nunmehr nur noch 9000 Mk. an die Konkursmasse zu zahlen haben. Seine Lage ist damit bei weitem günstiger als in dem Falle, daß er die Einlage während des Bestehens der stillen Gesellschaft in voller Höhe in das Vermögen des Komplementars eingeworfen hätte. Bei dieser Sachlage würde er nämlich den seinen Verlustanteil übersteigenden Betrag der Einlage, also 16000 Mk., als Forderung an die Konkursmasse nur wie ein gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen können und müßte sich sonach gegebenenfalls mit einer schmalen Konkursdividende begnügen, könnte auch Gefahr laufen, mit seiner ganzen Forderung auszufallen. Für diese Ungleichheit der rechtlichen Lage bei eingezahlter und rückständiger Einlage ist der Grund in der juristischen Konstruktion der stillen Gesellschaft zu suchen. Die stille Gesellschaft ist ja ein reines Innenverhältnis, das lediglich zwischen beiden socii besteht und als Gesellschaft rechtliche Wirkungen nach außen nicht begründet. Wird die Gesellschaft nun aus irgendwelchen Gründen aufgelöst, so hat dies zur Folge, daß der stille Gesellschafter berechtigt wird, seine eingezahlte Einlage, soweit sie nicht durch eventuelle Verlustanteile vermindert oder verbraucht worden ist, zurückzufordern, daß andererseits aber auch für ihn die Verpflichtung entsteht, bei rückständiger Einlage den ihn treffenden Verlust-

[8]) § 341 Abs. 2 HGB.

anteil nunmehr einzuzahlen. Für diese Berechtigung bezw. Verpflichtung aber bleibt es ohne Einfluß, daß die Auflösung der Gesellschaft durch den Konkurs des Geschäftsinhabers herbeigeführt worden ist.

Mehr als den Betrag seines Verlustanteiles aber braucht der stille Gesellschafter auch dann nicht einzuzahlen, wenn er mit seiner Einlageleistung zur Zeit der Konkurseröffnung im Verzuge gewesen ist.[9]) Der von Renaud vertretenen gegenteiligen Ansicht,[10]) daß in diesem Falle der stille Gesellschafter zur Zahlung der ganzen Einlage in die Konkursmasse verpflichtet wäre, vorbehaltlich seines Rechtes, den über den ihn treffenden Verlustanteil eingezahlten Betrag als Konkursgläubiger zu liquidieren, ist m. E. nicht zu folgen. Es liegt bei der Ausdrucksweise des Gesetzes, das durch die einheitliche Bezeichnung „rückständig" schon äußerlich eine Unterscheidung des Verzugsfalles vermeidet, kein Grund vor, für den stillen Gesellschafter, welcher hinsichtlich seiner nicht eingezahlten Einlage Verzugsschuldner ist, andere Wirkungen als die gewöhnlichen Verzugsfolgen, so Zahlung von Verzugszinsen usw., eintreten zu lassen.

Die im Entwurfe 2. Lesung vorgeschlagene Bestimmung, daß im Falle des Konkurses des Komplementars alle Gläubiger desselben vor dem stillen Gesellschafter befriedigt werden sollten, ist in 3. Lesung hart angegriffen und richtigerweise fallen gelassen worden. Tatsächlich entbehrt sie auch jeder inneren Begründung. Sie kann weder darauf gestützt werden, daß zwischen dem stillen Gesellschafter als solchem und den Gläubigern des Komplementars ein Schuldverhältnis besteht; das resultiert aus der rechtlichen Konstruktion der stillen Gesellschaft, noch darauf, daß ein Garantieverhältnis unter denselben vorliege. „Und doch würde nur das eine oder das andere geeignet sein, die fragliche Vorschrift nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu unterstützen."[11]) Die Geltendmachung der ge-

[9]) So auch Behrend § 94 Anm. 32 S. 682; Lehmann-Ring S. 679 Nr. 3.

[10]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 180, 181.

[11]) Prot. S. 4547, 554. Sitzung d. d. Nürnberg am 30. 11. 1860.

nannten Rechte des Komplementars obliegt während des Konkurses dem Konkursverwalter. Wird das Handelsgewerbe auf Beschluß der Gläubigerversammlung fortgeführt,[12]) so besteht für den stillen Gesellschafter keine Verpflichtung, bei dem Geschäftsbetriebe, dessen zukünftigen Inhaber er nicht einmal kennt, länger beteiligt zu bleiben.

Haben der stille Gesellschafter und der Komplementar ihr Gesellschaftsverhältnis betreffende Vereinbarungen getroffen, so können unter gewissen Voraussetzungen diese von den Gläubigern des Komplementars angegriffen werden. Als Angriffsmittel stehen ihnen zunächst die im 3. Titel KO. §§ 29ff. gegebenen Bestimmungen über Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen worden sind, zur Seite. Daneben aber hat das Handelsgesetzbuch in § 342 ein besonderes wichtiges Anfechtungsrecht begründet.

Dieses unterscheidet sich von dem allgemeinen Anfechtungsrechte insbesondere dadurch, daß es von dem Gläubiger nicht den Nachweis der Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners erfordert, daß vielmehr die Begünstigungsabsicht präsumiert wird, ferner aber auch dadurch, daß dem stillen Gesellschafter zur Beseitigung der Anfechtung die Möglichkeit gegeben ist, den Beweis zu führen, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hatte, die erst nach der getroffenen Vereinbarung eingetreten sind.

Die Voraussetzungen für die Ausübung dieses den Gläubigern des Komplementars zustehenden Anfechtungsrechtes sind, daß zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und dem stillen Gesellschafter innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung eine Vereinbarung getroffen ist, auf Grund deren

1. dem stillen Gesellschafter seine Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder

2. dem stillen Gesellschafter sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden ist.

Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Notwendig ist also, daß der Erlaß bezw. die Rück-

[12]) KO. §§ 129f.

gewähr auf einer im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung getroffenen Vereinbarung der beiden socii beruht. Hat der Gesellschaftsvertrag von vornherein den Komplementar zur Rückzahlung verpflichtet oder ist sie durch ein gesetzliches Recht des stillen Gesellschafters begründet, wie im Falle der sofortigen Kündigung wegen wichtigen Grundes, dann wäre für § 342 HGB. kein Raum, und zwar selbst dann nicht, wenn der gedachte Gesellschaftsvertrag im Laufe des der Konkurseröffnung vorangegangenen Jahres geschlossen worden wäre, da § 342 HGB. nur diejenigen Vereinbarungen angreifen will, welche während des Bestehens der Gesellschaft getroffen worden sind.[13]) Andererseits wäre die Anfechtung begründet, wenn einer der Gesellschafter in dem fraglichen Jahre die Gesellschaft zur Unzeit und ohne Recht gekündigt und der andere Teil sich mit dieser Kündigung einverstanden erklärt hätte.[14])

Die Rückgewähr der Einlage kann in sehr verschiedener Art erfolgen; das Wesentliche ist, daß der Wert der Einlage des stillen Gesellschafters der Konkursmasse entzogen wird. So kann sie in tatsächlicher Rückzahlung bezw. in Rückgabe der eingebrachten Sachen, sie kann in einer Hingabe an Zahlungsstatt bestehen, sie kann durch Gewährung eines Vorzugsrechtes oder Bestellung einer Sicherheit, eines Faustpfandes, einer Hypothek oder einer Grundschuld erfolgen, sie kann sich auch im Wege der Aufrechnung vollziehen.[15]) Ist der Anspruch des stillen Gesellschafters in einen Darlehnsanspruch umgewandelt worden, so würde seine Anfechtungsmöglichkeit aus § 343 HGB. nur dann begründet sein, wenn bei der Umwandlung der bereits entstandene Verlust unberücksichtigt geblieben, also nicht angerechnet worden wäre; es würde darin ein Erlaß des Verlustanteils zu erblicken sein. Freilich bewirkt die Novation, daß der stille Gesellschafter mit dem als Einlage hingegebenen Be-

[13]) Lehmann-Ring § 342 Nr. 2 S. 680; Staub § 342 Anm. 1 S. 1121.

[14]) Cosack, HR. § 112 XI, 3β S. 548; v. Hahn Art. 259 § 4 S. 781; Staub § 342 Anm. 1 S. 1121.

[15]) Jaeger S. 32; Lehmann-Ring § 342 Nr. 4 S. 680; Behrend S. 95 II b S. 686; Staub § 342 Anm. 3 S. 1122; Gareis-Fuchsberger Art. 259 Nr. 21 S. 571.

trage am Verlust nicht mehr partizipiert; doch ist dies keine Voraussetzung für die Anwendung von § 342 HGB.; es steht dem Komplementar frei, den stillen Gesellschafter von zukünftigen Verlusten zu befreien, was höchstens auf Grund der allgemeinen Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung angefochten werden kann.

Ein großer Streit der Meinungen knüpft sich an die Frage, ob das in § 342 HGB. gewährte Anfechtungsrecht auch auf den Erlaß des Einlageversprechens Anwendung finden dürfe. Während Thoel[16]) unter Bejahung der Frage es als direkt „widersinnig" bezeichnet, zwei gleiche Fälle, wie Erlaß und Rückzahlung, verschieden zu behandeln, und es für unannehmbar hält, daß derjenige, welcher die Einlage nicht gezahlt hat, besser gestellt sein soll als derjenige, welcher sie eingezahlt und zurückerhalten hat, vertreten Koch, ebenso v. Hahn, Kowalzig u. a. den verneinenden Standpunkt,[17]) und zwar einerseits in strikter Befolgung des Gesetzestextes, welcher den Erlaß der Einlage nicht erwähnt, andererseits auch, indem sie besonders auf die Entstehungsgeschichte der fraglichen Vorschrift Bezug nehmen.[18]) Der Entwurf 2. Lesung hatte ausdrücklich das hier in Rede stehende Anfechtungsrecht auch auf den Erlaß des Einlageversprechens ausgedehnt. Diese Bestimmung wurde aber in der 3. Lesung wieder gestrichen und zur Begründung ausgeführt, daß in dem Erlasse der Einlage eine vollkommen statthafte Aufhebung der Gesellschaft für die Zukunft liege, welche zu

---

[16]) Thoel a. a. O. § 112 Anm. 6 S. 371.

[17]) Koch, Komm. z. a. HGB. S. 272; Kowalzig, Komm. z. a. HGB. S. 267; v. Hahn Bd. 1 Art. 259 § 8 S. 782.

[18]) Verneinend auch Staub § 342 Anm. 11 S. 1123; Puchelt-Foertsch Art. 259 Anm. 7 S. 672f.; Cosack § 112 XI, 3c S. 547; Behrend § 95 II c S. 687: Weil die Gläubiger des Komplementars keinen Anspruch auf den Fortbestand der stillen Gesellschaft haben, ergibt sich, daß der Erlaß künftig fällig werdender Einlagen der Anfechtung auf Grund des Art. 259 entzogen ist. Nicht das gleiche gilt vom Erlaß der rückständigen Einlagen, auf den der vorerwähnte Grund nicht zutrifft und der daher auch von den Konkursgläubigern angefochten werden kann, insoweit er einen Erlaß des vom stillen Gesellschafter zu tragenden Verlustanteiles in sich schließt.

vereinbaren den Gesellschaftern jederzeit freistünde; der Komplementar habe aber mit Auflösung der Gesellschaft kein Recht mehr, die Einzahlung der Einlage vom stillen Gesellschafter über den Betrag des diesen treffenden Verlustanteiles zu verlangen.

Auch im neuen Handelsgetzbuche findet sich eine Regelung dieser Streitfrage nicht; § 342 HGB. läßt, wie schon bemerkt, den Erlaß der Einlage unerwähnt. Die Denkschrift zum Entwurf erklärt an dieser Stelle, daß das Anfechtungsrecht nicht über seine bisherigen Grenzen hinaus auszudehnen sei, insbesondere nicht den Fall betreffe, daß der noch rückständige, zur Deckung des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters nicht erforderliche Teil der Einlage erlassen worden sei. Eine solche Bestimmung widerstrebe vor allem der Vorschrift des § 332 des Entw. (jetzt § 341 Abs. 2 HGB.), nach welcher der stille Gesellschafter die rückständige Einlage nur bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich sei, zur Konkursmasse einzuzahlen habe (Denkschr. S. 186).

Man wird richtigerweise der Ansicht derjenigen sich anschließen müssen, welche die Ausdehnung des in Rede stehenden Anfechtungsrechtes auf den Erlaß des Einlageversprechens als solchen (falls darin nicht Erlaß eines bereits fällig gewordenen Verlustanteils liegt) aus dem Wortlaute des § 342 HGB. verneinen.

Das im § 342 HGB. für die Konkursgläubiger des Komplementars gegebene Anfechtungsrecht wird vom Konkursverwalter ausgeübt. Die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes und deren Wirkungen richten sich nach den Vorschriften der Konkursordnung (§ 342 Abs. 3 HGB.). Die erfolgreiche Anfechtung hat zur Wirkung, daß der stille Gesellschafter die ihm zurückgegebene Einlage in die Konkursmasse einzuwerfen hat, bezw. daß wenn der Erlaß eines Verlustanteils den Gegenstand der Anfechtung bildet, dieser Erlaß als unwirksam angesehen wird, mithin die Forderung auf Zahlung desselben fortbesteht. Hinsichtlich seines event. Guthabens, das durch die erneute Einzahlung der Einlage wieder zur Entstehung gelangt ist, hat er nunmehr eine Forderung als Konkursgläubiger nach Maßgabe des § 341 Abs. 1 HGB.

Das Anfechtungsrecht muß bei Gefahr des Verlustes durch Verjährung innerhalb eines Jahres von Eröffnung des Verfahrens an im Wege der Klage oder Einrede geltend gemacht werden; es richtet sich gegen den stillen Gesellschafter, doch können auch dessen Erben und gegebenenfalls auch sonstige Rechtsnachfolger des stillen Gesellschafters mit demselben angegriffen werden (§ 342 Abs. 3 HGB. in Verb. m. §§ 40 u. 41 KO.).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.